

VU Research Portal

Medezeggenschap tijdens faillissement

Bouwens, Willem

published in

Arbeidsrechtelijke annotaties
2018

DOI (link to publisher)

[10.5553/ArA/156866392018012001002](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392018012001002)

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. (2018). Medezeggenschap tijdens faillissement: HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA Retailgroep). *Arbeidsrechtelijke annotaties*, 12(1), 18-32. <https://doi.org/10.5553/ArA/156866392018012001002>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

ANNOTATIES

Medezeggenschap tijdens faillissement

HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA Retailgroep)*

W.H.A.C.M. Bouwens

1 Inleiding

In juni 2017 heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de vraag of de curator na faillissement advies moet vragen aan de ondernemingsraad (or) wanneer hij voornemens is over te gaan tot verkoop van de activa van de door de failliet in stand gehouden onderneming en tot ontslag van het aldaar werkzame personeel. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam (OK), die deze vraag eerder negatief beantwoordde.

In deze bijdrage onderwerpt de auteur de beschikking van de Hoge Raad aan een nadere analyse. Hij plaatst diverse kritische kanttekeningen bij de uitspraak, in het bijzonder vanwege de invloed die van het Europese recht uitgaat op de problematiek die aan de orde was in de aan de Hoge Raad voorgelegde kwestie.

2 De feiten

Op 23 december 2015 verleende de Rechtbank Amsterdam aan de zustervennootschappen DA Retailgroep BV en Retail Shared Service Centre BV (hierna tezamen aangeduid als: DA Retailgroep) voorlopig surseance van betaling. De bewindvoerder voerde daarna gesprekken met de huisbankier van DA Retailgroep en andere partijen over een mogelijke doorstart. Twee partijen deden een bod op de activa van de groep. Bij vonnis van 29 december 2015 werd de verleende surseance ingetrokken en het faillissement van DA Retailgroep uitgesproken. De curator koos op dezelfde dag, met toestemming van de rechter-commissaris, voor het bod van Nederlandse Drogisterij Service (NDS). Dit bod was iets lager dan het andere, maar pakte beter uit vanuit een oogpunt van werkgelegenheid van de betrokken werknemers. De curator heeft vervolgens, eveneens met machtiging van de rechter-commissaris, de arbeidsovereenkomsten van de medewerkers van DA Retailgroep opgezegd. Een groot aantal werknemers werd door NDS in dienst genomen.

* Delen van deze bijdrage zijn letterlijk ontleend aan eerdere publicaties van zijn hand over de rechtspositie van werknemers tijdens faillissement, te weten: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2015, en W.H.A.C.M. Bouwens, *De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad*, *NJB* 2016, p. 2905-2910.

Naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek heeft de curator de or van de DA Retailgroep in januari 2016 op hoofdlijnen (achteraf) geïnformeerd over (het besluit tot) de overdracht van de bedrijfsactiviteiten aan NDS. Een formele adviesprocedure heeft niet plaatsgevonden. De or stelde daarop, op voet van artikel 26 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), beroep in bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. De raad stelde zich op het standpunt dat het besluit tot verkoop neerkwam op overdracht van de zeggenschap over (een onderdeel van) de onderneming en voor het overige op beëindiging van de onderneming. Op grond van artikel 25 lid 1 onderdeel a en c WOR had de curator de or daarom vooraf advies moeten vragen.

3 Het oordeel van de Ondernemingskamer

De OK wees het beroep van de or van DA Retailgroep af.¹ Zij overwoog daartoe:

‘Over de vraag of het adviesrecht van een ondernemingsraad in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield, geeft de wet niet met zoveel woorden uitsluitsel. Richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad hierover ontbreekt eveneens. De parlementaire geschiedenis biedt evenmin voldoende aanknopingspunten ter beantwoording van die vraag. In de literatuur zijn de meningen verdeeld. Uit het rapport “Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers” (aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit) d.d. 5 april 2016 komt naar voren dat de ondernemingsraad tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief wordt betrokken bij de besluitvorming door de curator.’

Vervolgens stelde de OK vast dat het adviesrecht zich niet eenvoudig met het faillissementsrecht laat rijmen:

‘De invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de ondernemingsraad wordt in een faillissementssituatie (...) wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van een faillissementscurator betreft immers de vereffening van de boedel: de bestanddelen van de boedel dienen te gelde te worden gemaakt, opdat de gezamenlijke schuldeisers van de failliet uit die opbrengst zoveel mogelijk voldaan kunnen worden. De wet geeft de curator daartoe specifieke bevoegdheden die, ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, afbreuk doen aan de rechten die anderen, onder wie werknemers, in een normale situatie hebben. Zo heeft de curator bijvoorbeeld de mogelijkheid om – met machtiging van de rechter-commissaris – de arbeidsovereenkomsten

1 Hof Amsterdam 26 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2020.

van de werknemers op te zeggen zonder dat een ontslagvergunning is vereist. De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee laten wegen – zoals hij ook in het onderhavige geval heeft gedaan – maar de hoogte van de opbrengst voor de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de termijn van een maand ex artikel 25, zesde lid WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is derhalve naar het oordeel van de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator.'

Naar het oordeel van de OK was voldoende vast komen te staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschappen gedurende de faillissementen niet had voortgezet. Zo had hij bijvoorbeeld de leveranties aan franchisenemers vanuit het distributiecentrum onmiddellijk stopgezet. Zijn handelingen als curator waren beperkt tot het, met toestemming van de rechter-commissaris, uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het verder afwickelen van de failliete boedels. De OK concludeerde dat de curator de ondernemingen niet in stand heeft gehouden en diens gevolg niet gehouden was (vooraf) advies van de or te vragen met betrekking tot het besluit tot verkoop.

4 De beschikking van de Hoge Raad

De or komt in cassatie met succes op tegen de beschikking van de OK. Het oordeel dat het adviesrecht van de or (in beginsel) niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard, acht de Hoge Raad onjuist. Datzelfde geldt voor het standpunt dat voor de toepasselijkheid van het adviesrecht ten minste vereist is dat de curator de onderneming voortzet. De Hoge Raad overweegt daaromtrent:

'3.3.3. Het faillissement van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in de zin van de WOR in stand houdt, leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. De gevolgen van de faillietverklaring en de met het faillissement na te streven doeleinden zijn ook niet zodanig dat de toepasselijkheid van de WOR zich in algemene zin niet verdraagt met de toepasselijkheid van de Faillissementswet.

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Dit sluit niet uit dat hij tevens aangemerkt kan worden als bestuurder in de zin van

die wet, namelijk als hij op grond van zijn taken en bevoegdheden op grond van de Faillissementswet alleen dan wel samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. Behoudens het hierna in 3.3.4 en 3.3.5 overwogene is de curator in deze hoedanigheden gehouden ervoor zorg te dragen dat de voorschriften gesteld bij of krachtens de WOR tijdens het faillissement worden nageleefd.

3.3.4. Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van art. 25 WOR beschermde belangen moeten in een dergelijk geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling.

Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

3.3.5 Voorts verdient opmerking dat de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR, niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die art. 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.²

5 Commentaar

5.1 *Instandhouding van de onderneming*

De WOR verplicht de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, om ten behoeve van het overleg met een vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen een or in te stellen en jegens deze raad de voorschriften gesteld bij of krachtens deze wet na te leven (artikel 2 lid 1 WOR). De instelling en het voortbestaan van de or zijn derhalve gekoppeld aan de instandhouding van de onderneming, en dus niet aan het (voort)bestaan van de rechtspersoon die de onderneming drijft.² De

2 Vergelijk S.C.J.J. Kortmann, De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming, in: Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu (preadvies), Vereniging 'Handelsrecht' 1993, p. 151; I. Zaaij, De reikwijdte van medezeggenschap (diss. Universiteit van Amsterdam), Amsterdam 2014, nr. 6.5.2.

OK concludeerde in de DA-zaak dat geen sprake was van instandhouding van de onderneming door de curator. De OK achtte daarvoor doorslaggevend dat de curator de onderneming niet had 'voortgezet'. In dat verband wees zij er onder meer op dat de curator de leveranties aan de franchisenemers vanuit het distributiecentrum direct had stopgezet. Zijn handelingen als curator waren volgens de OK beperkt tot het uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseances in gang gezette biedingsproces en het afwikkelen van de failliete boedels.

Met het begrip 'voortzetting' bedoelt de OK waarschijnlijk te refereren aan artikel 98 en de artikelen 173a e.v. van de Faillissementswet (Fw). Deze bepalingen staan de curator onder voorwaarden toe de onderneming in het belang van de boedel voort te zetten. De Hoge Raad kiest voor een andere benadering. Hij richt zich naar het begrippenkader van de WOR. Het faillissement van de ondernemer leidt er op zichzelf niet toe dat de onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. Of sprake is van 'voortzetting' in vorenbedoelde zin, is niet relevant.³

De WOR roept verplichtingen in het leven voor de 'ondernemer'. Dit is volgens artikel 1 lid 1 onder d WOR de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt. In de literatuur voorafgaand aan de DA-beschikking troffen we verschillende opvattingen aan met betrekking tot de vraag of de curator na faillissement als ondernemer in de zin van de WOR moet worden beschouwd. Sommige schrijvers achtten dat bezwaarlijk, omdat de curator niet de eigenaar van de productiemiddelen is.⁴ Anderen hadden minder moeite om de curator als ondernemer aan te merken, omdat hem het beheer en de beschikking over de onderneming toekomen.⁵ De Hoge Raad lost deze controverse elegant op door de curator voor de toepassing van de WOR 'op één lijn te stellen' met de ondernemer, omdat hij tijdens faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uitoefent. Doorgaans moet de curator tevens worden beschouwd als 'bestuurder' in de zin van artikel 1 lid 1 onder e WOR. Na de faillietverklaring oefent hij veelal rechtstreeks de hoogste zeggenschap uit bij de leiding van de arbeid.

Het oordeel van de Hoge Raad betekent niet dat de curator na faillissement steeds als ondernemer respectievelijk bestuurder in de zin van de WOR heeft te gelden. Voor instandhouding van een onderneming is ingevolge artikel 1 lid 1 onder c WOR vereist dat sprake is van een in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Vaak zal de curator een bedrijf aantreffen waarin op het moment van de faillietverklaring nog wordt gewerkt. Zijn de werkzaamheden van de onderneming echter reeds vóór dat moment blijvend gestaakt, dan kan de entiteit naar mijn mening niet meer als

3 Zie eerder o.a. P.A.M. Witteveen & I. Zaal, Medezeggenschap bij faillissement en doorstart, *TvAO* 2016/3, p. 91.

4 Zie W.P.J. Kroft, De curator en medezeggenschap van werknemers, in: *De curator, een octopus*, Deventer: Kluwer 1996, p. 55; Zaal 2014, nr. 6.5.2; Witteveen & Zaal 2016, p. 91.

5 Zie bijvoorbeeld: Kortmann 1993, p. 151; J.C.M.G. Bloemarts, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, *INSOLAD Jaarboek* 1999, p. 76; R.M. Beltzer & J. van der Pijl, in: *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015, p. 249.

een onderneming in de zin van de WOR worden aangemerkt.⁶ Op de curator rust in dat geval ook niet de verplichting als ondernemer en/of bestuurder de voorschriften uit de WOR na te leven. De or heeft in deze situatie uiteraard wel een adviesrecht ter zake van het reeds vóór het faillissement (voor)genomen besluit van de ondernemer om de werkzaamheden van de onderneming te beëindigen (artikel 25 lid 1 onder c WOR).

5.2 *Het besluit tot liquidatie*

Anders dan de OK ziet de Hoge Raad geen principiële bezwaren tegen toepassing van artikel 25 WOR tijdens faillissement. De raad brengt echter wel een belangrijke beperking aan in de reikwijdte van het adviesrecht van de or. Dit recht ziet in beginsel niet op het besluit tot verkoop van goederen, op de voet van artikel 176 Fw, en tot ontslag van werknemers, op de voet van artikel 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De Hoge Raad beroept zich daarbij op het vereffeningskarakter van deze besluiten. De handelingen van de curator zijn zuiver gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen. De door artikel 25 WOR beschermde belangen moeten in dat geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling.

De door de Hoge Raad aangebrachte beperking brengt mee dat de or in de hier bedoelde situatie op geen enkele wijze invloed kan uitoefenen op het besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Voor deze uitzondering bestaat – anders dan voor de beperkingen in de ontslagbescherming van individuele werknemers (zie artikel 40 Fw) – geen wettelijke basis. Uit de parlementaire geschiedenis van de WOR 1998 kan worden afgeleid dat de wetgever een dergelijke beperking van het adviesrecht van de or ook niet heeft beoogd. In de nota naar aanleiding van het verslag zette de verantwoordelijke minister destijds uiteen dat de or geen adviesrecht toekomt ten aanzien van het aanvragen van het eigen faillissement of de eigen surseance van betaling. Hij voegde daar echter aan toe dat dit niet betekent dat de ondernemingsraad volledig buitenspel staat. In dat verband merkte hij onder meer het volgende op:

‘Mocht de curator c.q. de bewindvoerder het voornemen hebben om besluiten te nemen als bedoeld in onder andere artikel 25 van de WOR, dan dient hij daarbij de rechten van de ondernemingsraad te respecteren.’⁷

6 Vergelijk M.P. Nieuwe Weme, De juridische definitie van het verschijnsel onderneming in sociaalrechtelijke zin, De NV 1998/1, p. 16.

7 Kamerstukken II 1996/97, 24615, 9, p. 16. In de YVC IJsselwerf-beschikking (HR 6 juni 2001, JAR 2001/128) oordeelde de Hoge Raad, met een verwijzing naar de aangehaalde Kamerstukken, dat het (voorgenomen) besluit surseance van betaling aan te vragen inderdaad niet adviesplichtig is op grond van artikel 25 lid 1 WOR. De Hoge Raad merkte tevens op dat, voor zover de surseance van betaling aangevraagd zou worden in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, het adviesrecht van de or na de verleende surseance van betaling in stand blijft.

Daarbij maakte hij op geen enkele wijze een voorbehoud voor het geval de handelingen van de curator uitsluitend op liquidatie van de boedel zijn gericht.⁸

Dat de Hoge Raad ondanks het ontbreken van een wettelijke basis het adviesrecht in faillissement in belangrijke mate beperkt, vind ik ook op andere gronden moeilijk verteerbaar. Medezeggenschap van werknemers is een fundamenteel democratisch recht, dat erkenning heeft gekregen in onder meer de Grondwet (artikel 19 lid 2), het EU-Grondrechtenhandvest (artikel 27) en het Europees Sociaal Handvest (artikel 21). Voor een beperking van medezeggenschapsaanspraken moeten derhalve zwaarwegende gronden aanwezig zijn, zeker bij een voor de werknemers zo ingrijpende gebeurtenis als het collectieve verlies van hun baan.⁹ Mijs inziens zijn dergelijke gronden in het hier besproken geval niet aanwezig.

Veelal is het besluit van de curator om tot liquidatie van het bedrijf over te gaan onafwendbaar, en heeft een adviestraject daarom weinig meerwaarde. Dat zal de betrokken or meestal zelf ook wel inzien. Er zijn echter situaties denkbaar waarin een doorstart van de onderneming wel degelijk tot de mogelijkheden behoort, maar de curator, met het oog op de belangen van de gezamenlijke crediteuren, niettemin overweegt de activiteiten van de onderneming te staken en over te gaan tot verkoop van de afzonderlijke activa. Juist in die gevallen kan de or, die meestal goed bekend is met het bedrijf en de branche waarin het opereert, een zinvolle rol vervullen. Betrokkenheid van het medezeggenschapsorgaan draagt in deze situatie tevens bij aan een goede taakvervulling door de curator. Tot de belangen die hij behoort mee te wegen behoren immers niet alleen die van de schuldeisers, maar ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.¹⁰

Dat het verstrekken van informatie en het voeren van overleg een voortvarende afwikkeling van de boedel belemmeren, kan het terzijde schuiven van deze verplichtingen naar mijn mening niet rechtvaardigen. De spanning tussen medezeggenschap en slagvaardigheid is niet beperkt tot de staat van insolventie.¹¹ Ook buiten faillissement kan zich de situatie voordoen dat een ondernemer vanwege de financiële omstandigheden waarin een onderneming verkeert, nauwelijks enige beleidsruimte heeft en doortastend moet optreden. Deze omstandigheid doet op zichzelf echter niet af aan zijn verplichting om de or om advies te vragen.¹² Ik wijs er voorts op dat ook bij een doorstart – in welk geval de curator de or wel om advies moet vragen (zie hierna) – de verkoop van de activa plaatsvindt in het kader van de liquidatie van de boedel, en de tijdsdruk meestal niet minder hoog is. Waarom kan in die situatie wel van de crediteuren worden gevergd dat zij

8 Vergelijk Kortmann (1993, p. 156), die meent dat het vereffeningskarakter van het besluit onvoldoende grond biedt om de or een adviesrecht te ontfangen.

9 Vergelijk M.G. Rood, Over medezeggenschapsrechtelijke aspecten bij insolventie van de werkgever, in: Onderneming en werknemer 2001, p. 257-260.

10 Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Sigmacon II) en HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

11 Vergelijk Rood 2001, p. 254-255.

12 Vergelijk E. Loesberg, in zijn noot onder de beschikking van de Ondernemingskamer in JAR 2016/160 en L.C.J. Sprengers, Het failliet van de rol van de ondernemingsraad bij faillissement?, Annotaties AR 2016-0555.

geduld opbrengen en niet wanneer de curator tot definitieve staking van het bedrijf besluit?

Bovendien zal de curator bij liquidatie van de onderneming ook de vakorganisaties over het ontslagvoornemen moeten informeren en raadplegen op grond van artikel 3 van de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Een uitleg van deze wet conform Richtlijn 98/59/EG inzake collectief ontslag verzet zich ertegen op de informatie- en raadplegingsverplichting een uitzondering te maken voor collectief ontslag in het geval de curator tot liquidatie van het bedrijf overgaat.¹³ Het Hof van Justitie van de EU heeft geoordeeld dat de verplichting tot naleving van deze verplichting pas eindigt op de dag waarop de onderneming definitief haar rechtspersoonlijkheid verliest. Zolang de directie van de eenheid aanblijft, zelfs al is dat met beperkte beheersbevoegdheden, moet zij de verplichtingen die op de werkgever rusten nakomen. Wordt het beheer van de betrokken eenheid volledig overgenomen door een 'liquidateur', dan is deze tot nakoming gehouden.¹⁴ Dit gegeven roept de vraag op waarom het informeren en raadplegen van de vakbonden wel een vertraging in de vereffening kan rechtvaardigen en het (mogelijk grotendeels gelijk oplopende) adviestraject bij de or niet. Ik zie daarvoor geen overtuigende argumenten.

Ten slotte plaats ik vraagtekens bij dit onderdeel van de uitspraak van de Hoge Raad vanwege de verplichtingen die op de lidstaten van de EU rusten op grond van Richtlijn 2002/14/EG.¹⁵ Deze richtlijn heeft als doel minimumvoorschriften vast te stellen voor de informatieverschaffing aan en raadpleging van werknemers en hun vertegenwoordigers. Het recht op informatie en raadpleging omvat op grond van artikel 3 van de richtlijn onder meer beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen. De beslissing om de werkzaamheden van de onderneming definitief te staken valt daar ontegenzeggelijk onder. De richtlijn maakt geen uitzondering voor faillissement of soortgelijke insolventieprocedures gericht op de liquidatie van het ondernemingsvermogen.

5.3 Bij een doorstart wel adviesrecht

De Hoge Raad nuanceert de door hem aangebrachte inperking van het adviesrecht voor het geval de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen. Een daarop gericht besluit van de curator is wel adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

Dat de Hoge Raad de beschikking van de OK, althans op dit punt, terugdraait, juich ik toe. Het moge duidelijk zijn dat de inbreng van de or juist bij een doorstart toegevoegde waarde kan hebben. Wanneer bijvoorbeeld, zoals in de DA-zaak, meerdere partijen geïnteresseerd zijn in een overname, kan de or de curator

13 Richtlijn 98/59/EG van 20 juli 1998, PbEG 1998, L 225. De WMCO beoogt deze richtlijn te implementeren in het Nederlandse recht.

14 HvJ EU 3 maart 2011, JAR 2011/93 (Claes e.a./Lansbanki), m.nt. Peters.

15 Richtlijn van 11 maart 2002, PbEG 2002, L 80.

adviseren met betrekking tot de te maken keuze en overleggen over het bedingen van garanties voor de overname van (een deel van) het personeel en de daarbij te hanteren selectiecriteria.¹⁶ Voorts kan het adviesrecht van betekenis zijn bij het voorkomen van misbruik van faillissement met als doel de werknemers van hun rechten te beroven.

Een algemene uitsluiting van het adviesrecht zou zich ook niet verdragen met Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van de Europese Unie inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen.¹⁷ Artikel 7 van die richtlijn schrijft voor dat bij een voorgenumen overgang van (een onderdeel van) een onderneming de werknemersvertegenwoordigers¹⁸ worden geïnformeerd over onder meer de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en dat zij worden geraadpleegd over de maatregelen die ten aanzien van hen worden overwogen. Een daarmee vergelijkbare bepaling was reeds opgenomen in artikel 6 van Richtlijn 77/187/EEG (de voorlooper van Richtlijn 2001/23/EG). Richtlijn 77/187/EEG was blijkens het Abels-arrest niet van toepassing bij een overgang indien de ondernemer in staat van faillissement was verklaard.¹⁹ Bij de herziening van de richtlijn in 1998 koos de Europese regelgever echter voor een andere benadering.²⁰ Nog steeds geldt dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, de richtlijnbevestigingen inzake behoud van rechten en verplichtingen (artikel 3) en ontslag (artikel 4) niet van toepassing zijn bij een overgang van (een onderdeel van) een onderneming wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.²¹ Deze, thans in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG opgenomen, uitzondering omvat echter bewust niet meer de in artikel 7 neergelegde informatie- en raadplegingsverplichting jegens werknemersvertegenwoordigers. De Europese Commissie schreef daarover in de toelichting bij het voorstel voor de herzieningsrichtlijn:

‘Er is geen enkele reden om het recht op informatie en overleg (...) en de bescherming van de werknemersvertegenwoordigers (...) in het kader van insolventie uit te sluiten. Dergelijke rechten kunnen alleszins van groot nut zijn in dergelijke omstandigheden, omdat zij de werknemersvertegenwoordi-

16 Vergelijk I. Zaal, Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring, TRA 2016/74.

17 Richtlijn van 20 juli 1998, PbEG 1998, L 225.

18 Onder werknemersvertegenwoordigers worden in de richtlijn verstaan: de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wettelijke voorschriften of de gebruiken in de lidstaten (artikel 2 lid 1 onder c Richtlijn 2001/23/EG). Indien er in een onderneming, om redenen buiten hun wil om, geen vertegenwoordigers van de werknemers zijn, rust op grond van artikel 7 lid 6 Richtlijn 2001/23/EG op de vervreemder en verkrijger de verplichting de betrokken werknemers rechtstreeks over bepaalde zaken te informeren.

19 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900.

20 Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, PbEG 1998, L 201.

21 In HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps) oordeelde het Hof van Justitie dat de regeling van overgang van onderneming wel integraal van toepassing is op een voorbereide doorstart in het kader van een zogenoemde *pre-pack*. Zie daarover o.a. W.H.A.C.M. Bouwens, Het voetspoor van Smallsteps, TRA 2018/13.

gers de gelegenheid geven om de vervreemder voorstellen ter voorkoming van insolventie en de verkrijger voorstellen inzake herallocatie te doen.’²²

In 1979 constateerde de Nederlandse regering dat geen extra wettelijke maatregelen vereist waren, gericht op de implementatie van de informatie- en raadplegingsverplichting uit Richtlijn 77/187/EEG. Daaraan werd reeds met artikel 25 WOR voldaan. De regering herhaalde dit standpunt in 2001, toen het nationale recht moest worden aangepast aan de richtlijn uit 1998, die wat betreft informatie en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers geen uitzondering (meer) maakte voor het faillissement.²³ Een richtlijnconforme interpretatie van artikel 25 lid 1 onderdeel a WOR brengt derhalve mee dat de curator in ieder geval gehouden is de or vooraf te informeren en te raadplegen wanneer na faillietverklaring door hem een activaoverdracht wordt overwogen die leidt tot een overgang van (een onderdeel van) de onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG. Dat geldt overigens ook wanneer hij de onderneming opknipt en in delen verkoopt, maar deze transactie niettemin kwalificeert als een overgang van een ‘economische eenheid die haar identiteit behoudt’ in de zin van genoemde richtlijn. De Hoge Raad beperkt de adviesplicht niet tot de situatie dat de onderneming wordt overgedragen aan een derde. Ook indien (een deel van) de onderneming wordt voortgezet door dezelfde entiteit, is de curator gehouden de or te consulteren. Beslissend criterium voor de Hoge Raad is het vooruitzicht dat bij de activaoverdracht ‘arbeidsplaatsen’ behouden blijven. Het rechtscollège spreekt niet van het overnemen van personeel. Door wie die arbeidsplaatsen worden bezet, lijkt derhalve niet van doorslaggevende betekenis. Dat de or ook in de gelegenheid moet worden gesteld advies uit te brengen wanneer de exploitatie van (het onderdeel van) de onderneming wordt voortgezet of hervat met nieuw aan te trekken personeel, is ook goed verdedigbaar. De keuze van de curator voor een doorstarter die het zittende personeel niet wenst over te nemen, is immers bij uitstek een besluit waarover de or zich zou moeten kunnen uitlaten. Overleg met de or dient, gelet op de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie, in de hier bedoelde gevallen in ieder geval plaats te vinden wanneer sprake is van een overgang van een onderneming in kapitaalintensieve sectoren, waarin het voortzetten of hervatten van dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten met gebruikmaking van de over te nemen activa een overgang van onderneming kan constitueren zonder dat (een wezenlijk deel van) het zittende personeel wordt overgenomen.²⁴

5.4 Een ‘verlicht’ medezeggenschapsregime

De Hoge Raad introduceert vervolgens een ‘verlicht’ medezeggenschapsregime voor de gevallen waarin de curator gehouden is een voorgenomen besluit voor te

22 Zie de toelichting bij het voorstel d.d. 8 september 1994, COM(94) 300 def., 94/0203 (CNS), p. 12.

23 Kamerstukken II 2000/01, 27469, 3, p. 12-13. Indien in een onderneming geen or noch een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, zijn vervreemder en verkrijger op grond van artikel 7:665a BW gehouden de eigen werknemers te informeren. Deze bepaling is in artikel 7:666 BW bewust niet uitgezonderd voor het geval de werkgever failliet is verklaard.

24 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 november 2003, JAR 2003/98 (Sodexho).

leggen aan de or. De voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR zijn volgens de raad niet in alle gevallen verenigbaar met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. De Hoge Raad merkt in dat verband op dat de ondernemingsraad en de curator zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar hebben te gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd (zie artikel 2:8 Burgerlijk Wetboek). Een vergelijkbare benadering treffen we reeds aan in de literatuur die dateert van vóór de DA-uitspraak.²⁵ Zij valt te rechtvaardigen vanwege de uitzonderlijke situatie waarin de besluitvorming rondom het voortbestaan van de onderneming plaatsvindt.

Als voorschriften waarvan de curator mag afwijken noemt de Hoge Raad bij wijze van voorbeeld de vereisten die we in artikel 25 lid 2 tot en met 6 WOR aantreffen.²⁶ De curator kan derhalve, wanneer de omstandigheden dit vergen – en dat zal vaak aan de orde zijn –, een (zeer) korte termijn stellen waarbinnen de or zijn advies dient uit te brengen. De advocaat-generaal denkt daarbij aan een termijn van vijf dagen. Deze termijn geldt in het faillissementsrecht ook voor het instellen van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris (artikel 67 Fw).²⁷ De curator zal verder veelal kunnen volstaan met een summiere toelichting op het voorgenomen besluit en, bij een negatief advies, niet uitgebreid en schriftelijk hoeven te motiveren waarom hij van het advies afwijkt. Voorts is hij in de meeste gevallen niet gehouden de uitvoering van het besluit een maand op te schorten. Ook formele vereisten die elders in de WOR zijn neergelegd, kunnen onder omstandigheden terzijde worden gesteld. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan de bepalingen in het reglement omtrent het bijeenroepen van een overlegvergadering (artikel 23a WOR).²⁸

Het door de Hoge Raad geïntroduceerde bijzondere medezeggenschapsregime kan evenwel niet afdoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit het Europese recht. Zo eist artikel 4 van Richtlijn 2012/14/EG dat het tijdstip, de wijze en de inhoud van de informatieverstrekking de werknemersvertegenwoordigers moeten toelaten de informatie adequaat te bestuderen en de raadpleging voor te bereiden. Voorts dient deze raadpleging volgens dit artikel op zodanige wijze te geschieden dat de werknemersvertegenwoordigers met de werkgever kunnen samenkomen en een met redenen omkleed antwoord op hun advies kunnen krijgen. Het volledig buiten toepassing laten van het voorschrift om ten minste één-

25 Zie bijvoorbeeld S.C.J.J. Kortmann, in: Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu (preadviezen), Vereniging Handelsrecht 1993, p. 156; E.P.M. Joosen, Overdracht van ondernemingen uit faillissement (diss.), Tilburg 1998, p. 161; J.J.M. van Mierlo, Corporate governance en insolventie, in: De bewindvoerder een octopus, Deventer: Kluwer 2008, p. 50-51; Zaal 2014, p. 246.

26 De Hoge Raad spreekt van 'art. 25 lid 2-6'. Ik begrijp daaronder ook lid 6 (anders: P.A.M. Witteveen & I. Zaal, Medezeggenschap bij faillissement en doorstart (ii); toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart, TvAO 2017/3, p. 156). Nu de Hoge Raad met het gebruik van het woord 'zo' tevens aangeeft dat het niet om een limitatieve opsomming gaat, is deze kwestie overigens van ondergeschikt belang.

27 A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2017:175, randnummer 5.11.

28 Vergelijk Witteveen & Zaal 2017, p. 156.

maal een overlegvergadering te beleggen alvorens advies wordt uitgebracht (artikel 25 lid 4 WOR) en het geheel achterwege laten van een motivering als het besluit van de curator afwijkt van het advies van de or (artikel 25 lid 5 WOR), zijn daarom niet geoorloofd.

5.5 Sanctionering; artikel 26 WOR en artikel 7 WMCO

Gevolg van het oordeel van de Hoge Raad is dat de or bij een voortzetting of een doorstart door dezelfde of een andere entiteit op grond van artikel 26 WOR bij de OK op kan komen tegen het besluit van de curator.²⁹ In deze procedure kan desgewenst ook aan de orde komen of de redelijkheid en billijkheid zich in het onderhavige geval tegen de toepassing van bepaalde formele vereisten verzetten. Omdat een voorziening van de OK door derden verworven rechten niet kan aantasten (artikel 26 lid 5 WOR), lijkt voor een doelmatige uitoefening van het beroepsrecht door de or tevens vereist in kort geding een verbodsactie uit te lokken.

De or zal niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn beroep wanneer hij te veel tijd heeft genomen voor het uitbrengen van een advies.³⁰ Blijkens de jurisprudentie van de OK is er voorts een gerede kans dat het beroep van de or wordt afgewezen wanneer de curator weliswaar heeft afgezien van een formele adviesaanvraag, maar hij er gelet op het eerder met de or (al dan niet in zijn hoedanigheid van bewindvoerder tijdens surseance) gevoerde overleg wel op mocht vertrouwen dat deze instemde met uitvoering van eerder kenbaar gemaakte voornemens gericht op overdracht van de onderneming aan een derde.³¹ In andere gevallen waarin de curator geen advies vraagt (en de or niet van dat recht heeft afgezien), ligt het, gelet op de Lingeziekenhuis-leer,³² in de rede dat de OK zal verklaren dat de curator bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Ik verwacht echter tevens dat de OK, gelet op de deplorabele toestand waarin de boedel veelal verkeert en de bij het besluit betrokken belangen – waaronder het belang van het behoud van werkgelegenheid –, de curator in die gevallen niet snel zal gebieden of verbieden bepaalde handelingen te verrichten.³³

De DA-beschikking heeft niet alleen gevolgen voor de mogelijkheden van de or om op te komen tegen voorgenomen besluiten van de curator. Individuele werknemers kunnen zich er ook op beroepen om de opzegging door de curator aan te vechten. Dit is een gevolg van de WMCO. Deze wet verplicht een werkgever die voornemens is de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers, werkzaam in één door de minister vastgesteld gebied, op één of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te beëindigen, dit ter tijdige raadple-

29 Ook een verzoek tot nakoming op grond van artikel 36 lid 2 WOR behoort tot de mogelijkheden.

30 Zie o.a. OK 19 december 1985, ROR 1985/29 en OK 4 juni 1987, ROR 1987/26.

31 Zie OK 21 november 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AG2954 (Stichting Arbo- en Bedrijfsgezondheidsdienst Noord- en Midden-Limburg).

32 OK 1 mei 1980, NJ 1981/271, m.nt. Ma.

33 Zij is ook niet gehouden dergelijke voorzieningen te treffen. Vergelijk L.G. Verburg, Rood's Wet op de ondernemingsraden, 2013, p. 337.

ging te melden aan de belanghebbende vakorganisaties (artikel 3 WMCO). Hiervoor kwam reeds aan de orde dat deze verplichting ook rust op de curator.³⁴

De WMCO beoogt tevens de correcte naleving van artikel 25 WOR te bevorderen.³⁵ In de wet is daarom ook een sanctie neergelegd voor het geval de werkgever zijn verplichting om de or om advies te vragen niet heeft nageleefd.³⁶ Tot 2012 behelsde deze sanctie een verlenging van de wachttijd voor de behandeling door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) van de aanvraag tot toestemming voor de opzegging (artikel 6 lid 2 oud WMCO). De curator had daar geen last van, aangezien hij voor de opzegging van de arbeidsovereenkomsten geen ontslagvergunning nodig had.³⁷ Inmiddels is de sanctionering van de WMCO echter gewijzigd. Wanneer de curator verzuimt de belanghebbende vakorganisaties of de or te raadplegen, geldt thans dat de opzegging op verzoek van de werknemer door de kantonrechter kan worden vernietigd of aan de werknemer, op diens verzoek, een billijke vergoeding kan worden toegekend (artikel 7 lid 1 onder b en lid 2 WMCO). Het verzoekschrift tot vernietiging van de opzegging respectievelijk de toekenning van een billijke vergoeding kan worden ingediend tot twee maanden na de dag waarop de werknemer redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van de schending van de wettelijke bepalingen, maar uiterlijk tot zes maanden na de opzegging (artikel 7 lid 3 WMCO).

Vernietiging van de opzegging zal leiden tot het verder oplopen van de loonaanspraken van de werknemer. Deze aanspraken hebben op grond van artikel 40 lid 2 Fw vanaf de dag van faillietverklaring als boedelschuld te gelden.³⁸ Dit betekent dat de curator die niet voldoet aan zijn verplichting de or om advies te vragen, de boedel opzadelt met het risico van een aanzienlijke verhoging van de schuldenlast waar geen actief tegenover staat. Nu deze verhoging volledig moet worden toegerekend aan het verzuim van de curator, is zeer wel denkbaar dat deze persoonlijk aansprakelijk wordt gehouden door crediteuren die als gevolg daarvan geen of minder uitkering ontvangen.³⁹

Vaak is het voor werknemers echter niet erg zinvol om een vernietigingsverzoek in te dienen, met name niet wanneer de boedel niet toereikend is om de boedel-

34 Artikel 3 lid 1, art. 4 lid 6 en art. 5a lid 2 WMCO maken wel uitzonderingen voor ontslagen ten gevolge van faillissement, maar deze zien niet op de informatie- en raadplegingsverplichting ten opzichte van de vakorganisaties en de or.

35 Kamerstukken II 1974/75, 13324, 3 (MvT WMCO), p. 8.

36 Deze verplichting bestaat uiteraard slechts wanneer het voorgenomen besluit valt onder de opsomming van artikel 25 lid 1 WOR: zie Kamerstukken II 1974/75, 13324, 3 (MvT WMCO), p. 12.

37 Destijds artikel 6 lid 2 onder c BBA.

38 In het verlengde van HR 12 januari 1990, NJ 1990/662, m.nt. Van Schilfgaarde (Van der Kooi/ Van Gelder Papier) zou ik willen aannemen dat ook de billijke vergoeding, met analoge toepassing van artikel 40 lid 3 Fw, als boedelschuld moet worden beschouwd. Het gaat hier om een schuld die het gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting (vergelijk HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot/ Tideman q.q.) r.o. 3.7.1).

39 Vergelijk J.C.A. Herstel & R.W.J.M. Schuurman, Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp, TvI 2012/22. Zie voor de (streng) maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

schulden te voldoen. Dit hangt samen met de loongarantieregeling van de artikelen 61 e.v. van de Werkloosheidswet (WW). De werknemer heeft op grond van deze regeling in beginsel aanspraak op een uitkering van het UWV gelijk aan het (gemaximeerde) loon over de opzegtermijn. Daarbij geldt de in artikel 40 Fw neergelegde termijn van zes weken als de maximale termijn waarover na de dag van opzegging door het UWV loonaanspraken worden overgenomen. Verder komt de werknemer in aanmerking voor overneming van het onbetaald gebleven salaris over een periode van ten hoogste dertien weken onmiddellijk voorafgaande aan de dag van opzegging (artikel 64 lid 1 onder b WW). Een en ander betekent dat indien de curator de maximale termijn van zes weken in acht neemt en er ten tijde van de faillietverklaring reeds een betalingsachterstand van meer dan drie maandsalarissen bestaat, de vernietiging weliswaar leidt tot een verschuiving van de peildatum voor de loongarantieregeling,⁴⁰ maar niet tot een uitbreiding van het tijdvak waarover de aanspraken worden overgenomen.⁴¹

6 Afronding

In deze bijdrage besprak ik de beschikking van de Hoge Raad in de DA-zaak. Anders dan de OK ziet de Hoge Raad, mijns inziens terecht, geen principiële bezwaren tegen toepasselijkheid van artikel 25 WOR tijdens faillissement. De Hoge Raad heeft echter gemeend het adviesrecht van de or wel te moeten beperken, in die zin dat de curator niet gehouden is de or te consulteren wanneer hij besluit de onderneming te liquideren. Ik betreur dat. Voor deze beperking is geen wettelijke basis. Zij is in strijd met de bedoeling van de wetgever en doet geen recht aan de zinvolle rol die de or ook in dat geval zou kunnen vervullen. De beperking staat bovendien op gespannen voet met Richtlijn 2002/14/EG.

Bij een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is de curator wel gehouden de or om advies te vragen. Een richtlijnconforme interpretatie van de WOR brengt mee dat de curator in ieder geval verplicht is de or te informeren en te raadplegen wanneer sprake is van een overgang van (een onderdeel van) de onderneming in de zin van artikel 7 van Richtlijn 2001/23/EG. Daarvoor is niet steeds vereist dat (een deel van) het zittende personeel feitelijk wordt overgenomen.

Als de curator gehouden is advies te vragen, zijn volgens de Hoge Raad niet alle formele voorschriften van de WOR (onverkort) van toepassing. Ook hier moet echter in het oog worden gehouden dat het Europese recht bepaalde vereisten

40 De bevoegdheid van het UWV om een eerdere dag als fictieve dag van opzegging (artikel 64 lid 2 WW) aan te wijzen, kan in dit geval niet gebruikt worden. Deze bevoegdheid is uitsluitend bedoeld voor die gevallen waarin een opzegging mogelijk was, maar deze desondanks niet dan wel te laat heeft plaatsgevonden (zie CRvB 26 mei 1992, RSV 1992/308 en CRvB 27 oktober 1992, RSV 1993/100). Zij kan derhalve niet worden aangewend om als opzegdatum een dag aan te wijzen waarop een bijzonder opzeggingsverbod, zoals dat van artikel 7 WMCO, van toepassing was.

41 Vergelijk Herstel & Schuurman 2012.

stelt aan het tijdstip, de wijze en de inhoud van de informatieverstrekking aan en raadpleging van werknemersvertegenwoordigers.

Het bestaan van een adviesrecht opent voor de or de mogelijkheid beroep in te stellen bij de OK. Of dit het adviesrecht tijdens faillissement werkelijk tanden geeft, waag ik te betwijfelen. Als de OK al verklaart dat de curator in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen, zullen voorzieningen als bedoeld in artikel 26 lid 5 WOR naar verwachting zelden worden opgelegd. Verder kunnen individuele werknemers verzoeken de opzegging van hun arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7 WMCO te vernietigen wanneer raadpleging van de or door de curator achterwege is gebleven. Financieel voordeel zal dat vanwege de termijnbeperking in de loongarantieregeling van de artikelen 61 e.v. WW meestal niet opleveren. Toch heb ik goede hoop dat de DA-beschikking, mede vanwege de dreiging de boedel op te zadelen met het risico van een aanzienlijke verhoging van de schuldenlast waar geen actief tegenover staat, curatoren ertoe zal bewegen vaker dan voorheen het geval was de or te betrekken bij de vereffening van de boedel. Een dergelijke ontwikkeling zou ik zonder meer positief willen duiden.